

# Kroniek van het sociaal recht

Guus Heerma van Voss en Jaap van Slooten<sup>1</sup>

REIKHALZEND WERD UITGEZIEN NAAR DE ARRESTEN OVER SCHADEVERGOEDING BIJ KENNELIJK ONREDELIJK ONTSLAG. EEN TELEURSTELLING: DE HOGE RAAD BENADRUKT JUIST DAT ER VERSCHILLEN ZIJN TUSSEN BEIDE PROCEDURES EN WIJST HET PLEIDOOI TOT HARMONISATIE VAN DE ONTSLAGVERGOEDINGEN AF. WEG GELIJKE BEHANDELING. TUSSEN ALLE NATIONALE DISCUSSIES VALT HET NIET ERG OP DAT OOK HET EUROPESE ARBEIDSRECHT ZICH MEER EN MEER IN HET ONTSLAGRECHT BEGINT TE MENGEN.

Verreweg de meeste aandacht in de afgelopen periode trokken twee arresten van de Hoge Raad over de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging. Kranten schreven voorbeschouwingen, Kamerleden stelden vragen en vele juristen dromden samen op inderhaast ingelaste colleges. Oud-NJB-redacteur Maurits Barendrecht stelde dat de Hoge Raad zozeer zijn taak verzaakte dat hij 'beter uit het systeem kan worden gehaald'.<sup>2</sup> Wat is er aan de hand en is al die ophef terecht? Verder was er veel rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie die van invloed is op ons arbeidsrecht, zoals op de Wet melding collectief ontslag en de doorwerking van de antidiscriminatie richtlijnen.

## Voorgeschiedenis

Wij nemen een kleine aanloop. Zoals bekend is de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW gericht op een snelle oplossing. De rechter kan een vergoeding naar billijkheid toekennen. Hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten; de regels omtrent stel- en bewijslast gelden niet onverkort. De ontbindingsrechter gebruikt doorgaans de kantonrechtersformule, die uitgaat van het aantal gewogen dienstjaren (A-factor), een gewogen maandsalaris (B-factor) en een correctiefactor (de C-factor) om risico en schuld te verdelen.

Indien de werkgever de overeenkomst heeft opgezegd met toestemming van het UWV, kan de werknemer een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag vorderen op grond van art. 7:681 BW (hierna ook: 'koo'). Dit geschiedt eveneens bij de kantonrechter, maar in een normale bodemprocedure, met mogelijkheid tot hoger beroep en cassatie. Ongeveer de helft van het aantal ontslagen verliep de afgelopen jaren via de ontbin-

dingsprocedure; de andere helft via het UWV.

Over het verschil tussen de ontbindingsvergoeding en de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag gaat het hier. Uit onderzoek blijkt dat de vergoeding die de kantonrechter bij ontbinding toekent 2 keer hoger is dan bij kennelijk onredelijke opzegging.<sup>3</sup> Slechts in 16% bleek uit het vonnis in deze koo-procedure dat de kantonrechtersformule was toegepast.<sup>4</sup>

De laatste jaren zwol het debat over de vraag of harmonisatie op haar plaats was. De literatuur leek in meerderheid van oordeel dat de situatie ongewenst was ('a system in this madness' ontbreekt),<sup>5</sup> maar de meningen verschilden over wat de oplossing was. Omdat bij koo-zaken wel hoger beroep en cassatie mogelijk is, had het weinig zin dat de kantonrechters bij elkaar kropen. Dit keer moesten de hoven het doen. Dat duurde even, maar kwam in 2008 op gang. Een poging iedereen op één lijn te krijgen mislukte. Daarop nam Hof Den Haag het voortouw met een aantal arresten waarin een variant op de kantonrechtersformule werd gelanceerd.<sup>6</sup> De andere hoven, die het aanvankelijk dus niet eens waren, konden niet langer achterblijven en formuleerden een andere variant op de kantonrechtersformule, de XYZ-formule genaamd.<sup>7</sup> Rond dezelfde tijd versoberden de kantonrechters zelf hun formule en spraken de sociale partners af dat de ontbindingsvergoeding voor de inkomens boven € 75 000 zou worden gemaximeerd op een jaarsalaris. Ook steeds meer codes (zorg, banken, beursfondsen) maximeerden de vergoeding voor de bestuurders. De vakbonden bleken daarentegen juist in staat om de oude kantonrechtersformule in sociale plannen af te spreken.

Er was echter eenheid in deze grote verscheidenheid en die lag in de voorspelbaarheid: zo groot mogelijk

# De hervormers snappen ook wel dat de Hoge Raad zijn neus niet in een politiek wespennest wil steken, maar had het niet een tikje vooruitstrevender gekund?

graag. Daarnaast speelde bij de formules van de hoven de gedachte dat het niet uit te leggen was waarom de ontslagroute, die vrijwel altijd door de werkgever wordt bepaald, zou moeten meebrengen of een werknemer een factor 2 meer of minder zou moeten krijgen terwijl de gevolgen van ontslag toch even hard voelen.

Natuurlijk speelt hier dat er verschillende ontslagroutes zijn en dat komt weer door ons duaal ontslagrecht (naast het civiele arbeidsrecht, is er het publiekrechtelijke BBA dat voorafgaande toestemming van het UWV bij opzegging voorschrijft). Door velen wordt dat duale stelsel beschouwd als nodeloos ingewikkeld. Zolang het bestaat, zijn er twee ontslagroutes: ontbinding en opzegging en zullen er dus ook twee soorten vergoedingen zijn. In 2007 mislukte het plan van minister Donner om dit duale ontslagrecht af te schaffen, met name doordat de vakbeweging er tegen was. Daarna kwam de energie vrij om dan maar binnen het duale systeem tot werkbare oplossingen te komen, lees: harmonisatie. Als het niet mogelijk is de twee ontslagroutes en de daarbij behorende procedures terug te brengen tot één, dan kunnen de gevolgen in ieder geval verzacht worden door de hoogte en berekeningswijze van de vergoeding aan te passen. Zo moeten de vele voorvechters van ontslagrecht hervorming hebben gedacht.

Tegen deze achtergrond is begrijpelijk waarom velen zo reikhalzend uitkeken naar de arresten, die uiteindelijk kwamen op 27 november 2009 (over de Haagse formule) en 12 februari 2010 (over de XYZ-formule; een variant op de kantonrechtersformule). De uitkomst maakt duidelijk waarom ze zo teleurgesteld zijn: de Hoge Raad benadrukt juist dat er verschillen zijn tussen beide procedures en wijst het pleidooi tot harmonisatie van de ontslagvergoedingen af. Weg gelijke behandeling. Sterker nog: de koo-procedure staat geen formule toe en eist juist dat met zoveel omstandigheden en factoren

rekening moet worden gehouden dat voorspelbaarheid voorlopig ver te zoeken is en nooit zo sterk zal zijn als bij de kantonrechtersformule.

De hervormers snappen ook wel dat de Hoge Raad geen wetgever is en niet zijn neus in een politiek wespennest wil steken, maar had het niet een tikje vooruitstrevender gekund? De onvrede wordt bij sommigen gevoed door een aantal bijkomende factoren: hoewel de Hoge Raad zijn best doet uitvoerig te motiveren, missen sommigen de aansluiting met eerdere rechtspraak over kennelijk onredelijk ontslag (met name het arrest *Schoonderwoert/Schoonderwoerd*).<sup>8</sup> De Hoge Raad laat zich (in de ogen van juristen die voornamelijk met arbeidsrecht bezig zijn) van zijn vermogensrechtelijke kant zien; doorn in het oog van bijvoorbeeld de Rotterdamse school.<sup>9</sup> Voor anderen is verbazingwekkend dat de conclusies van het parket (steeds afkomstig van A-G Spier) op zijn best temperamentvol genoemd kunnen worden, maar minder vriendelijk uitgedrukt te weinig doen wat ze moeten doen: de Hoge Raad helder en gestructureerd voorlichten over verschillende opties die er zijn.

Tot zover een blik van de tribune; het wordt tijd te bezien wat er nu precies is geoordeeld en wat dit te betekenen heeft. Zijn we terug bij af en is dat erg?

## Van de Grijp/Stam

In het arrest van 27 november 2009 ging het om werkgever Van de Grijp Buizen BV ('Van de Grijp') die werknemer Stam op 58 jarige leeftijd ontslaat na een dienstverband van dertig jaar.<sup>10</sup> Stam was in de jaren 80 een bedrijfsongeval overkomen en sindsdien op en af arbeidsongeschikt. Vanaf 2001 viel Stam uit wegens rugklachten. Hij werd gedeeltelijk geschikt geacht andere werkzaamheden te verrichten. Uiteindelijk vraagt Van de Grijp in 2004 toestemming Stam te ontslaan wegens langdurige arbeidsongeschiktheid en het ontbreken van passende arbeid. De toestemming wordt verleend en de arbeidsovereenkomst eindigt ruim drie jaar na aanvang van de arbeidsongeschiktheid. Van der Grijp kent geen financiële compensatie toe bij het einde van het dienstverband. Ten tijde van het ontslag vindt een reorganisatie plaats. Stam wordt niet onder de werking van het sociaal plan gebracht. De kantonrechter heeft de vordering wegens kennelijk onredelijke opzegging ter grootte van € 47 000 afgewezen. Het hof heeft het ontslag daarentegen kennelijk onredelijk geoordeeld en een vergoeding toegekend van € 26 900. Het hof hanteert hierbij dat de werknemer een beroep doet op het gevolgcriterium van art. 7:681 lid 2 aanhef en onder b

### Auteurs

1. Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad. Prof. mr. J.M. van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, advocaat te Amsterdam en medewerker van dit blad.

### Noten

2. Maurits Barendrecht, 'Hoge Raad creëert onzekerheid en ongelijkheid', *NRC Handelsblad* 19 februari 2010. Eerder liet hij zich ook kritisch uit in *NJB* 2008, 1070, afl. 22, p. 1332.
3. 'Ontslagzaken via de kantonrechter, 2003-2009', Tilburg: IVA 2009, p. 7
4. 'Ontslagzaken via de kantonrechter, 2003-2009', Tilburg: IVA 2009, p. 7.

5. R.A.A. Duk in *SMA* mei 2008.

6. Hof Den Haag 14 oktober 2008, *JAR* 2008/290 en 281.

7. Hof Arnhem 7 juli 2009, *JAR* 2009/198.

8. HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266.

9. Hiertoe behoren in ieder geval C. Loonstra en A.R. Houweling. De Rotterdamse school kenmerkt zich onder meer door een pleidooi voor

meer autonoom arbeidsrecht; zie onder meer Loonstra's *De Kantonrechter als arbeidsrechter* (oratie Rotterdam) 2000 en (samen met W.A. Zondag) *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Buu 2009.  
10. HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305.

BW. De enkele omstandigheid dat de werknemer na een langdurig dienstverband is ontslagen wegens arbeidsongeschiktheid levert op zichzelf beschouwd geen grond op voor toekenning van een vergoeding. Evenmin kan een causaal verband worden aangenomen in deze zaak tussen de arbeidsongeschiktheid en het ongeval. Voor het hof is uiteindelijk van belang dat er als gevolg van terugloop van werk bij Van der Grijp geen passende functie voor Stam beschikbaar was zodat het ontslag een bedrijfseconomisch karakter draagt. Het hof overweegt nog dat niet in alle gevallen van ontslag zonder toekenning door de werkgever van een vergoeding, sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging, maar zulks is 'veelal wel het geval indien en voor zover in het kader van de ontslagprocedure niet ten minste de volgende vergoeding is aangeboden: (...)'. Het oordeel van de Hoge Raad valt in vier punten uiteen:

- De vraag of de opzegging kennelijk onredelijk is, moet los worden gezien van de vraag welke vergoeding moet worden toegekend. Het hof had deze twee elementen in een 'alles-in-één-toets' gestopt. Het volgt al uit de wet, aldus de Hoge Raad, dat het enkele feit dat geen voorziening voor de werknemer is getroffen, niet voldoende is om aan te nemen dat de opzegging kennelijk onredelijk is. Ook dan hangt het af van alle door de rechter vast te stellen omstandigheden of voldaan is aan de maatstaf van kennelijk onredelijke opzegging. Het ontbreken van een vergoeding is daarbij een onderdeel, maar niet bepalend.
- Ten tweede heeft het hof volgens de Hoge Raad miskend dat de vergoeding op grond van art. 7:681 lid 1 BW een ander karakter heeft dan de vergoeding die de rechter ingevolge art. 7:685 lid 8 BW kan toekennen. De koo-vergoeding moet worden begroot als schade, terwijl de ontbindingsvergoeding naar billijkheid kan worden toegekend. Dit verschil hangt samen met de aard van de procedure. De ontbindingsprocedure is gericht op een spoedige beslissing in één instantie. In de koo-procedure gelden de regels van het bewijsrecht en wordt de hoogte van de vergoeding vastgesteld aan de hand van door de rechter op basis van de aangevoerde stellingen vast te stellen feiten en na een afweging van de omstandigheden aan de zijde van beide partijen 'waarbij de gewone regels omtrent de begroting van de schade (vergoeding) van toepassing zijn'.
- De kantonrechttersformule is dus een globale berekeningswijze aan de hand van een beperkt aantal factoren waarbij het de rechter vrijstaat om een andere berekeningswijze te volgen. Bij een koo-procedure moet de rechter zich evenwel 'steeds nauwkeurig rekenschap geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen'.
- Dan volgt de tussenconclusie: 'de uitkomst van de kantonrechttersformule kan daarom niet dienen als een algemeen uitgangspunt voor de bepaling van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag'.
- In de laatste plaats zegt de Hoge Raad nog dat de voorspelbaarheid van dit soort beslissingen een belangrijk gezichtspunt is, maar niet de rechtvaardiging kan zijn voor het hanteren van een zo globale maatstaf dat afbreuk wordt gedaan aan de aard van de vergoeding

en de daarmee samenhangende wijze van begroting. Hoe het wél kan, noemt de Hoge Raad nog kort; we komen daar hierna op terug.

## Rutten/Breed

In het arrest *Rutten/Breed*<sup>11</sup> werd een werknemer na 16 jaar ontslagen; hij werkte bij de sociale werkvoorziening en was twee jaar arbeidsongeschikt. De werknemer verdient € 105 000 en krijgt bij de Kantonrechter € 44 000. Het Hof Arnhem matigt dit tot € 9000. Het hof past daarbij de XYZ-formule toe, waarbij X op 16 (dat is het aantal dienstjaren), Y op € 2250 en Z op 0,25 wordt gesteld. Z had maximaal 0,5 kunnen zijn, maar de werknemer heeft in belangrijke mate bijgedragen aan een arbeidsconflict dat aan de beëindiging ten grondslag ligt.

De Hoge Raad casseert ook hier. De Hoge Raad verwijst naar *Van de Grijp/Stam* en neemt de gelegenheid te baat enige zaken verder uit te werken:

- (a) Voor het aannemen van kennelijke onredelijkheid moet sprake zijn van 'bijzondere omstandigheden' die meebrengen dat nadelige gevolgen van de opzegging geheel of ten dele voor rekening van de werkgever dienen te komen. Die term is nieuw en drukt goed uit dat het geen marginale toets is, zoals we al sinds het *Lampe*-arrest uit 1961 weten,<sup>12</sup> maar ook niet altijd raak is voor de werknemer.
- (b) Als eenmaal is aangenomen dat de opzegging kennelijk onredelijk is, heeft de werknemer recht op een vergoeding. De hoogte houdt 'uiteraard' nauw verband met de omstandigheden die tot de kennelijk onredelijkheid hebben geleid en is mede afhankelijk van de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk.
- (c) Bij de begroting van de omvang van de schadevergoeding zijn 'de algemene regels van boek 6 BW voor de begroting van schadevergoeding van toepassing'. De Hoge Raad gaat uitvoerig in op de vraag in hoeverre de wetswijziging uit 1997, waarbij de woorden 'naar billijkheid' kwamen te vervallen, hebben geleid tot een ander resultaat. Volgens de Hoge Raad is dit niet het geval (zie hierna).
- (d) De uit art. 6:97 BW voortvloeiende schadeberekeningswijze betekent enerzijds dat de rechter 'een grote mate van vrijheid heeft bij de begroting van de schade' maar zich 'steeds nauwkeurig rekenschap dient te geven van de concrete omstandigheden en de factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen'. Art. 6:97 BW laat een rechter vrij de hoogte van de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid op een bedrag te begroten en het is niet juist dat de vergoeding alleen kan worden gebaseerd op basis van een 'concrete en nauwkeurige schadeberekening'.
- (e) Uit het voorgaande vloeit al voort dat het beloningsbegrip in de kantonrechttersformule evenmin werkt bij de berekening van de koo-vergoeding. Als alle omstandigheden moeten worden meegenomen, is het onjuist om 'behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden' een aantal factoren buiten beschouwing te laten. Tevens oordeelt de Hoge

Raad dat de maximering van de schadevergoeding de te verwachten inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd niet is toegestaan. Onder 'daartoe aanleiding gevende omstandigheden' komen ook immateriële schade en pensioenschade voor vergoeding in aanmerking.

- (f) Het betoog dat de kantonrechtersformule tevens een vorm van leeftijdsdiscriminatie inhoudt, wordt verworpen. Zoals bekend, is het hanteren van de lengte van het dienstverband een vorm van indirect onderscheid. Het hanteren van de leeftijdsgrens levert direct onderscheid op. In hoeverre deze twee elementen een rol kunnen spelen bij de begroting van de schade hangt af van het concrete geval. Dit betekent dat zij individueel moeten worden meegewogen. Het is in overeenstemming met de aard van de aansprakelijkheid en van de schade dat in het algemeen meer gewicht aan deze factoren wordt toegekend naar mate het dienstverband langer heeft geduurd en de leeftijd van de betrokkene hoger is. Het hof heeft voldoende onderkend dat hierop uitzonderingen mogelijk zijn. Met dit oordeel sluit de Hoge Raad aan bij de opvatting van de Commissie Gelijke Behandeling.<sup>13</sup> Die bracht in een advies uit 2007 tot uitdrukking dat de kantonrechtersformule in beginsel geen ongeoorloofd onderscheid oplevert, zolang zij voldoende flexibiliteit bevat om naar gelang de concrete omstandigheden naar boven of beneden af te wijken. De C-factor biedt die flexibiliteit. Dat betekent overigens niet dat ieder sociaal plan door de test heen komt, omdat die nu juist plegen de C-factor te fixeren op eenzelfde getal voor alle betrokkenen, jong en oud.

### Nadere analyse

Niet geheel onverwacht, maar wel redelijk nieuw is dat de Hoge Raad het algemeen vermogensrecht inroept. Allereerst gaat het volgens de Hoge Raad bij de kennelijk onredelijke opzegging om de vraag of de werknemer in strijd met 'algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap' heeft gehandeld. Overtreding van die norm leidt tot 'tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen'. De kwalificatie wanprestatie leidt vervolgens tot de toepasselijkheid van afdeling 6.1.10. Hier liggen drie eerdere gebeurtenissen ten grondslag. Bij omzetting van titel 7A BW (oud) naar titel 7.10 BW heeft de wetgever expliciet naar art. 6:97 BW verwezen. Deze verwijzing hield verband met het schrappen van de woorden 'naar billijkheid' die voorheen aan het woord 'schadevergoeding' in art. 7A:1639s BW oud (7:681) vooraf gingen. Deze woorden konden geschrapt worden omdat dit nu uit art. 6:97 BW bleek.<sup>14</sup> Ten tweede: dat kennelijk onredelijk ontslag wanpres-

tatie oplevert, oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Dahri/Vianen Beton*.<sup>15</sup> Dit leidde tot de conclusie dat het moment waarop de koo-vergoeding verschuldigd wordt in verband met berekening van wettelijke rente volgt uit art. 6:119 jo. 83 aanhef en onder b BW. In de derde plaats was er het *Dumeco*-arrest uit begin 2008,<sup>16</sup> waarin werd geoordeeld dat een schadevordering op grond van schending van goed werkgeverschap niet voldoende is onderbouwd door te verwijzen naar de kantonrechtersformule.

Een aantal schrijvers voorzag al na het arrest *Dahri/Vianen Beton* dat dit betekenis zou krijgen voor de onderhavige discussie.<sup>17</sup> De moeilijkheid waarmee

## Niet geheel onverwacht, maar wel redelijk nieuw is dat de Hoge Raad het algemeen vermogensrecht inroept

men toen al kampte is dat afdeling 6.1.10 veronderstelt dat er daadwerkelijk schade moet zijn, terwijl de Hoge Raad in het arrest *Schoonderwoert/Schoonderwoerd*<sup>18</sup> overwoog dat de koo-vergoeding een vergoeding naar billijkheid is die niet berust op een begroting van de schade die daadwerkelijk uit de beëindiging voortvloeit.

Is de Hoge Raad hiervan teruggekomen? Wij denken van niet. Hoewel de verwijzing naar afdeling 6.1.10 wellicht nog onvoorziene gevolgen heeft, hoeft dit geen breuk op te leveren met eerdere jurisprudentie. Art. 6:97 stelt immers dat de rechter de schade begroot 'op de wijze die het meest met de aard daarvan in overeenstemming is'. Indien de omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, wordt zij geschat, aldus de tweede zin. Dit biedt in ieder geval genoeg ruimte om rekening te houden met de bijzonderheden van de koo-vergoeding. Tot die bijzonderheden behoort in de eerste plaats dat de schade ex tunc moet worden vastgesteld.<sup>19</sup> Latere omstandigheden kunnen slechts een aanwijzing vormen voor hetgeen ten tijde van het ontslag als schade voorzienbaar was. In de tweede plaats wordt normaal gesproken een grotere rol toegekend aan het immateriële aspect. De manier waarop een werknemer in verband met het ontslag is bejegend, kan er in een koo-procedure soms toe leiden dat een vergoeding aanzienlijk wordt verhoogd. Indien die bejegening en de effecten daarvan op de werknemer moet worden getoetst aan art. 6:106 BW, zal er doorgaans minder snel aanspraak zijn op een

#### Noten

11. HR 12 februari 2010, *JIN* 2010/155 (m.nt. A.R. Houweling) en *NJ* 2010, 97 (m.nt. E. Verhulp).  
12. HR 1 december 1961, *NJ* 1962, 78.  
13. CGB-advies 2007/5 inzake leeftijds-

onderscheid in sociale plannen.

14. A.T.J.M. Jacobs, P.M.M. Massuger & W.G.M. Plessen, *titel 7.10. De arbeids-overeenkomst*, Monografieën nieuw BW (losdelig handboek) B 85, Deventer: Kluwer 1997, p. 108.

15. HR 14 november 2008, *JAR* 2008/318.

16. HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/75.

17. Nevelstein en Reumers,

- 'Schadevergoeding wegens kennelijk

- onredelijk ontslag en de kantonrechters-

- formule: het Bona-arrest', *ArbeidsRecht* 2009, 28; D.J. Buijs in *TRA* 2009/15 en

- Zondag in *JIN* 2009/66.

18. HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266.

19. HR 3 maart 1995, *NJ* 1995, 451.

## Er is werk aan de winkel voor de hoven

vergoeding, dan wel op een veel lagere immateriële schadevergoeding. Hoogveen<sup>20</sup> concludeert dat de Hoge Raad niet bedoeld kan hebben wat de begroting van de immateriële schade betreft aan te willen sluiten bij het algemeen vermogensrecht want dat zou betekenen 'dat de werknemer zo goed als nooit recht heeft op een vergoeding van immaterieel nadeel'. Dit is wat ons betreft nog niet zo duidelijk en zal in nieuwe uitspraken moeten worden verhelderd. Voor de zienswijze van Hoogveen pleit wel de slotzin van r.o. 3.5.6 uit *Rutten/Breed*, te weten dat de vergoeding gerelateerd moet worden 'aan de aard en de ernst van het tekortschieten'. De verwijzing naar afdeling 6.1.10 BW suggereert dat er volledige schadevergoeding op haar plaats is. Bij jongere werknemers ligt het niet voor de hand dit uit te leggen als een volledige loonderving voor onbepaalde tijd. Een abstracte schadeberekening op basis van de getaxeerde arbeidsmarktpositie ligt dan eerder voor de hand. Maar bij oudere werknemers, die niet al te ver van hun pensioen afzitten, zal het eerder lopen richting volledige vergoeding van de te verwachten schade zonder rekening te houden met ander werk. Ook de suggestie van de Hoge Raad dat pensioenschade moet worden meegenomen wijst in die richting. Op deze wijze wordt de deur opengezet voor uitvoerige schadeclaims en voor advocaten en schaderegelaars die helpen om dat te onderbouwen. Alleen al een onderwerp als pensioenschade kan tot zeer uiteenlopende berekeningen leiden.

De grote vraag is natuurlijk of er enige vorm van harmonisatie mogelijk zal zijn. Ja, zegt de Hoge Raad. Denkbaar is dat rechters 'een zekere mate van harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zonder dat zij één bepaalde algemene formule als vuistregel hanteren'. Men zou hierbij kunnen denken aan een soort smartengeldgids voor koo-zaken, hoewel die niet door rechters is opgesteld. De XYZ-arresten van de hoven bieden een goed uitgangspunt voor deze exercitie. Zij vermelden al een groot aantal in het algemeen in aanmerking te nemen omstandigheden. Denkbaar is dat dit verder wordt uitgewerkt per categorie gevallen, bijvoorbeeld arbeidsongeschikte werknemers of reorganisaties.

Er is dus werk aan de winkel voor de hoven. Het is begrijpelijk dat de Hoge Raad niet in één keer zelf dergelijke richtlijnen heeft ontworpen. In die zin is de kritiek van Barendrecht enigszins misplaatst. Dergelijke richtlijnen zullen toch vanuit de praktijk moeten worden ontwikkeld. Uit de expliciete opmerking over 'een zekere mate van harmonisatie' leiden wij overigens af dat de Hoge Raad niet veel voelt voor de in de literatuur verdedigde opvatting dat rechters met het opstellen van richtlijnen buiten hun boekje gaan omdat één en ander onvoldoende democratisch gelegitimeerd is.<sup>21</sup>

Kortom:

- (1) Met zijn verwijzing naar afdeling 6.1.10 doet de Hoge Raad niet veel meer dan blootleggen wat de wetgever in de jaren 90 heeft bedacht en wat overigens past in de gelaagde structuur van het BW.
- (2) Er is nu onzekerheid over hoever de toepasselijkheid van 6.1.10 BW gaat. Voorzienbaar is dat dit zal moeten leiden tot aanpassing van het denken over de ontslagvergoeding, met name de immateriële component.
- (3) Het is jammer voor de rechtszekerheid dat er nu niet direct richtlijnen liggen. Aangenomen moet worden dat deze binnen een aantal jaren kunnen evolueren tot een aanvaardbaar niveau maar ook dan zullen er principiële vragen blijven spelen.
- (4) Barendrecht heeft gelijk dat dit de reeds bestaande ongelijkheid vergroot. Werkgevers zullen laag gaan zitten. Werknemers zullen hoog inzetten, maar hebben geen lange adem.
- (5) Het *lawyers' paradise* is voorlopig dan ook niet gesloten. Bij alle terechte ergernis daarover moet bedacht worden dat het de wetgever is die hier zijn taak verzaakt.

### Van Hooff Elektra/Oldenburg

Een echte uitwas van het *lawyers' paradise* is de ontbinding tijdens de opzegtermijn. Zo lang de hoogte van de koo-vergoeding structureel lager ligt dan de ontbindingsvergoeding, zullen werknemers die geconfronteerd worden met een opzegging door hun werkgever, trachten alsnog de kantonrechtersformule af te dwingen. De weg daar naartoe is door ontbinding te vragen tijdens de opzegtermijn. De Hoge Raad heeft in een beschikking

## Een echte uitwas van het lawyers' paradise is de ontbinding tijdens de opzegtermijn

van 11 december 2009<sup>22</sup> geoordeeld dat een dergelijk verzoek kan worden ingediend zolang de arbeidsovereenkomst loopt, derhalve ook tijdens de opzegtermijn. Tegelijkertijd heeft hij paal en perk gesteld aan de toewijsbaarheid van zo'n ontbindingsverzoek. De arbeidsovereenkomst zal immers op korte termijn eindigen door middel van een opzegging. De werknemer zal dan ook moeten duidelijk maken dat er sprake is van een zodanige verandering in de omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve op een *nog eerder tijdstip dan waartegen is opgezegd* behoort te eindigen. De rechter dient bij de bepaling van de ontbindingsvergoeding rekening te houden met het uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst 'reeds is beëindigd met ingang van de datum waartegen is opgezegd'. Op deze manier wordt voorkomen dat de vluchtroute naar de kanton-

rechtersformule te groot wordt. De Hoge Raad is daarmee ook consequent in het aanvaarden van het duale ontslagstelsel.

Overigens probeerden werkgevers de laatste tijd deze vluchtroute al te blokkeren door op te zeggen zonder inachtneming van een opzegtermijn. In de zaak die tot de uitspraak leidde, had de werkgever eerst opgezegd met inachtneming van de opzegtermijn en, toen de werknemer een ontbindingsprocedure begon, een tweede keer opgezegd tegen een eerdere datum. Daarmee beoogde de werkgever dat de arbeidsovereenkomst niet meer zou bestaan tijdens de ontbindingsprocedure zodat de werknemer niet ontvankelijk zou moeten worden verklaard. Het hof stelde vast dat die tweede opzegging uitsluitend ten doel had om de door de werknemer aangevangen ontbindingsprocedure te blokkeren en daarom misbruik van bevoegdheid opleverde. Volgens de Hoge Raad was dat niet onbegrijpelijk of rechtens onjuist. Een opzegging kan 'rechtskracht ontberen' wegens misbruik van bevoegdheid, zo oordeelt hij. Dit is een nog niet vaak gebruikte grond om een opzegging ongedaan te maken.

De Hoge Raad oordeelt hier (naar wij weten) voor de eerste keer sinds de inwerkingtreding van het Nieuw BW dat een opzegging misbruik van bevoegdheid kan opleveren. Gelet op het *Nedlloyd*-arrest<sup>23</sup> was onzeker of de Hoge Raad openstond voor de gedachte dat algemeen vermogensrechtelijke artikelen kunnen worden gebruikt als middel om een ontslag te bestrijden. In het *Nedlloyd*-arrest oordeelde de Hoge Raad nog dat een nietigheid wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden in strijd was met, kort gezegd, het gesloten stelsel van het ontslagrecht. In het arrest *ISS/Codfried*<sup>24</sup> had de Hoge Raad wel geoordeeld dat de opzeggingsbevoegdheid tijdens de proeftijd misbruikt kan worden. Thans gaat de Hoge Raad dus verder en overweegt dat dit voor iedere opzegging geldt. Wanneer het arrest *ISS/Codfried* nog volledig geldt, kan Van Hooff Elektra verdergaande consequenties hebben. Van misbruik van bevoegdheid is sprake wanneer moet worden aangenomen dat de beëindiging berust op discriminatie. Discriminatie ziet niet alleen op de in art. 1 Gw en art. 26 BUPO genoemde gronden, zoals ras, geslacht en godsdienst, maar 'ook discriminatie op welke grond dan ook'. Dit zou dus betekenen dat ieder ontslag waarbij ongeoorloofd onderscheid wordt gemaakt, misbruik van bevoegdheid oplevert en dus rechtskracht ontbeert. We zijn enigszins voorzichtig, omdat dit terloops wordt opgemerkt.

Verder maakt de Hoge Raad een einde aan de onzekerheid over de vraag of een arbeidsovereenkomst voor de tweede keer kan worden opgezegd. Dit is het geval. De arbeidsovereenkomst was in casu opgezegd met inachtneming van een termijn van drie maanden, te weten tegen 1 januari 2009. Op 19 november 2008 zegde de werkgever nog eens op, ditmaal tegen 1 december 2008. Aangezien – en dit is bepalend – de tweede opzegging er niet toe strekte de eerste in te trekken of ongedaan te maken, is dit mogelijk. Wat nog altijd niet kan is een opzegging intrekken. Met name indien de eerste opzegging onregelmatig is, kan bovenstaande regel dus geen uitkomst bieden.

Helaas bevat de beschikking ook een onduidelijkheid die inmiddels al ruimte heeft gegeven aan een debat op hoog technisch-juridisch niveau. Het kan gebeuren dat de

werknemer ontbinding vraagt tijdens de opzegtermijn en dat hij kan duidelijk maken dat er een verandering in de omstandigheden is die een eerdere beëindiging rechtvaardigt; gedacht kan worden aan de situatie dat de werknemer een nieuwe baan heeft gevonden die begint voor afloop van de opzegtermijn. Het is dan de vraag op welke grond de werknemer een vergoeding kan krijgen. De beschikking stelt dat de ontbindingsvergoeding 'bepaald moet worden met inachtneming van het uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst reeds is beëindigd met ingang van de datum waartegen is opgezegd. De vraag of de ontslagen werknemer ook aanspraak kan maken op een vergoeding ter zake van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de opzegging, dient te worden beantwoord aan de hand van het bepaalde in artikel 7:681 BW'. [*curs. toegevoegd JvS & GHvV*].

Twee lezingen zijn hier mogelijk. Ten eerste dat de vergoeding moet worden bepaald in het kader van de ontbindingsprocedure, maar uit twee componenten bestaat: een deel dat aan de hand van art. 7:681 BW wordt bepaald en een deel dat aan de hand van 7:685 wordt bepaald en dat alleen betrekking heeft op het feit dat eerder ontbonden wordt. De tweede mogelijkheid is dat de werknemer een procedure ex 7:681 naast een procedure ex 7:685 zou kunnen voeren. Voor deze opvatting pleit de plaatsing van het woord 'ook', alsmede de verschillen die de Hoge Raad benadrukt tussen beide procedures. Bovendien is verdedigbaar dat de procedure wegens kennelijk onredelijke opzegging tegenwoordig kan worden aangevangen nadat de opzegging is gegeven, ongeacht of daarna de arbeidsovereenkomst juridisch door ontbinding tot een einde komt. Indien dan voor het einde van de opzegtermijn ontbinding volgt, zouden 681 en 685 naast elkaar kunnen bestaan. Onder meer Verhulp heeft in zijn noot in de *NJ* deze opvatting, zij het met verwondering, tot de zijne gemaakt. De Laat bepleit dat het allemaal binnen de ontbindingsprocedure moet plaatsvinden. Zijn belangrijkste argument is de onaannemelijkheid van de lezing van Verhulp. Het gevolg zou immers zijn dat over een gedeelte van de vergoeding (het 681-deel) wel in hoger beroep kan worden verder geprocedeerd en over een ander gedeelte (het 685-deel) niet. Wij vragen ons af of de Hoge Raad zich heeft gerealiseerd dat dit vraagstuk aan zijn overweging vastzit. Systematisch is de opvatting van Verhulp het meest zuiver; De Laats opvatting is verreweg het meest praktisch.<sup>25</sup>

## Collectief ontslag

Tussen alle nationale discussies valt het niet erg op dat ook het Europese arbeidsrecht zich geleidelijk meer in

### Noten

20. E.M. Hoozeveld, commentaar op Hoge Raad 27 november 2009, in: *AR Updates* 28 januari 2010.

21. Peter Rijpkema, 'Aanpassing van de Kantonrechtersformule is geen taak voor de rechter', *NJB* 2008, 44, p. 2165 e.v.

22. HR 11 december 2009, *NJ* 2010, 97 (m.nt. E. Verhulp).

23. HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495.

24. HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430.

25. Zie J.J.M. de Laat, 'Hoe verder na 11 december 2009? Of hoe moet de vergoeding worden vastgesteld in een ontbindingsverzoek van een werknemer na (de beschikking van de Hoge Raad) 11 december 2009', op [www.ar-updates.nl/commentaar/AR\\_2009\\_0929/30](http://www.ar-updates.nl/commentaar/AR_2009_0929/30).

het ontslagrecht begint te mengen, zij het nog op de minder centrale onderwerpen van collectief ontslag, tijdelijke contracten en gelijke behandeling.

Opvallend was in de afgelopen periode het arrest in de *Fujitsu Siemens*-zaak, waarin het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen oordeelde dat een moedermaatschappij ook verplichtingen heeft in geval bij de dochter een collectief ontslag valt. Weliswaar is de dochter nog steeds het aanspreekpunt in een procedure en moet de dochter instaan voor de naleving van de verplichtingen door de moeder, toch dient ook de moeder te zorgen voor een tijdige raadpleging van werknemersvertegenwoordigers. Een voorzichtig begin van toerekening in het Europese arbeidsrecht.<sup>26</sup>

De Richtlijn collectief ontslag verzet zich niet tegen een regeling waarbij de werknemers automatisch worden ontslagen als de werkgever overlijdt.<sup>27</sup> Dit speelt uiteraard slechts als de werkgever een natuurlijk persoon is. In Nederland is de regeling anders. Als regel moeten de erfgenamen de arbeidsovereenkomst opzeggen, tenzij anders is overeengekomen wat meestal niet het geval is (art. 7:675 BW). In de regel is de Wet melding collectief ontslag (WMCO) bij ons dus wel van toepassing bij overlijden van de werkgever.

Een Nederlands probleem is dat de werkingssfeer van de WMCO niet omvat de beëindigingen die plaatsvinden anders dan door opzegging of ontbinding. Dit betreft met name aflopende contracten voor bepaalde tijd en beëindigingsovereenkomsten. De laatste mogelijkheid is bovendien sterk vergemakkelijkt door de wijziging van de WW in 2006. Daardoor kan deze beëindigingswijze worden gebruikt zonder de WW-uitkering van de werknemer in gevaar te brengen. Om die reden is een sluiproute ontstaan, waarlangs de toepassing van de WMCO kan worden beperkt. Minister Donner van SZW heeft in antwoord op Kamervragen medegedeeld een wetsvoorstel voor te bereiden waarin dit wordt gewijzigd. De vraag of een melding moet worden gedaan zal los komen te staan van de route (UWV, kantonrechter of beëindiging met wederzijds goedvinden) die de werkgever wil gaan volgen. Hij beschouwt dit als een technische aanpassing van de wet.<sup>28</sup> Het lijkt ons wenselijk dat bij dezelfde gelegenheid het minimum aantal van vijf ontbindingen die meetellen voor de toepassing van de wet eveneens uit de wet wordt geschrapt, aangezien deze drempel niet goed te verdedigen valt. Daarbij dient overigens tevens aandacht te worden besteed aan de vraag op welke wijze handhaving van de wet mogelijk dient te worden indien de beëindigingen niet via de UWV-route worden geleid.

Andere uitspraken van het hof over ontslag betroffen ontslag tijdens zwangerschap en tijdens ouderschapsverlof. Het hof oordeelde dat tegen een ontslag tijdens zwangerschap dezelfde rechtsvorderingen moeten kunnen worden ingesteld als tegen andere ontslagen teneinde een effectieve sanctie te garanderen.<sup>29</sup> Ingeval van ontslag tijdens ouderschapsverlof dient de ontslagvergoeding gebaseerd te worden op het volledige salaris dat de werknemer ontving buiten de verlofperiode. Verworven rechten blijven immers van kracht tot het einde van het verlof. Tot deze rechten behoren alle rechten die verband houden met de arbeidsvoorwaarden, waaronder

het recht op een opzegtermijn in geval van eenzijdig ontslag door de werkgever en dus ook het recht op een vergoeding in plaats van die opzegtermijn. Een andere uitleg zou werknemers ervan kunnen weerhouden om ouderschapsverlof te nemen en zou de werkgever ertoe kunnen aanzetten eerder werknemers met ouderschapsverlof te ontslaan dan andere werknemers. Dat zou regelrecht indruisen tegen de doelstelling van de raamovereenkomst, zijnde onder meer het beter kunnen combineren van beroeps- en gezinsleven.<sup>30</sup>

### Gelijke behandeling

De vraag naar de reikwijdte van het verbod van leeftijdsdiscriminatie is nog lang niet volledig helder, zoals blijkt uit drie Duitse zaken bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (zoals dit heet sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon). In de zaak *Kücükdeveci/Swedex* ging het om de vraag of bij de berekening van de opzegtermijn op basis van anciënniteit de gewerkte jaren beneden de 25 buiten beschouwing mogen worden gelaten, zoals de Duitse regeling bepaalde. Mw. Kücükdeveci had toen zij op 28-jarige leeftijd werd ontslagen tien jaar voor Swedex gewerkt, maar alleen de laatste drie jaren telden mee voor de berekening van haar opzegtermijn.

De aangevoerde rechtvaardiging voor het onderscheid was dat jongere werknemers niet de (door langere opzegtermijnen aan oudere werknemers gewaarborgde)

## De vraag naar de reikwijdte van het verbod van leeftijdsdiscriminatie is nog lang niet volledig helder

bescherming van verworven rechten genieten, omdat zij bijvoorbeeld op grond van hun leeftijd en/of geringere sociale, gezins- en privéverplichtingen geacht worden beroepsmatig en persoonlijk over een grotere flexibiliteit en mobiliteit te beschikken.

Hierover oordeelde het hof dat dergelijke doelstellingen vallen onder een beleid op het terrein van werkgelegenheid en de arbeidsmarkt in de zin van art. 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG. De lidstaten beschikken over een ruime beoordelingsvrijheid bij de keuze van de maatregelen die geschikt zijn ter verwezenlijking van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid. De onderhavige regeling is echter niet passend ter verwezenlijking van die doelstelling, aangezien zij geldt voor alle werknemers die vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar in dienst traden van de onderneming, ongeacht hun leeftijd op het tijdstip van ontslag. De verlenging van de opzegtermijn naargelang van de anciënniteit van de werknemer geldt niet voor werknemers die vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar in dienst traden van de onderneming, ook niet wanneer die



werknemer er bij zijn ontslag een groot aantal arbeidsjaren bij die onderneming heeft opzitten. Die regeling kan dus niet geschikt worden geacht om de aangevoerde doelstelling te bereiken. Bovendien treft de regeling de jonge werknemers op ongelijke wijze, aangezien zij jongeren treft die op jonge leeftijd zonder of slechts na een korte beroepsopleiding gaan werken en niet jongeren die pas na een langere opleiding aan de slag gaan.<sup>31</sup>

Het arrest maakt nog eens duidelijk dat leeftijds onderscheid kritisch wordt getoetst, en dat de aangevoerde rechtvaardiging moet kunnen leiden tot het doel dat ermee wordt beoogd. Onze regeling van het minimumjeugdloon zal ongetwijfeld moeten worden getoetst aan de richtlijn, voor welke regeling destijds vergelijkbare rechtvaardigingsgronden zijn aangevoerd.

In een arrest van een week eerder werd de leeftijdsgrens voor tandartsen in Duitsland voor werk in het kader van de zorgverzekering getoetst. De gehanteerde leeftijdsgrens van 68 jaar werd onder meer gemotiveerd met de bescherming van de gezondheid van de patiënten en met het behoud van het financiële evenwicht van het Duitse zorgstelsel. Het eerste argument werd te licht bevonden, nu vrij gevestigde tandartsen wel na 68 jaar mochten doorwerken, en de gezondheid van hun patiënten niet werd beschermd. Het derde argument, gericht op de werkgelegenheid van jongere tandartsen mocht niet worden gebruikt indien in een bepaalde regio een tekort aan tandartsen bestaat.<sup>32</sup> Ook dit arrest laat zien dat aangevoerde rechtvaardigingsgronden wel degelijk worden getoetst. Wel wordt aan het sociaal beleid van de lidstaten een zekere ruimte gelaten. Dit blijkt ook uit het arrest waarin een leeftijdsgrens voor toetreding tot het middenkader van de brandweer van 30 jaar wordt toegelaten, omdat fysieke eisen aan de te verrichten werkzaamheden meebrengen dat met dit werk beneden een bepaalde leeftijd moet worden begonnen.<sup>33</sup>

## Richtlijnconforme uitleg en vakantierechten zieke werknemers

Het hiervoor behandelde arrest *Kücükdeveci/Swedex* is ook interessant omdat in aansluiting op het *Mangold*-arrest wordt overwogen dat Richtlijn 2000/78/EG het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep slechts concretiseert, zonder dat dit beginsel in de richtlijn verankerd is, en bovendien dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd een algemeen beginsel van recht van de Unie is voor zover het een bijzondere toepassing is van het algemene beginsel van gelijke behandeling. In deze omstandigheden moet de nationale rechter aan wie een geschil is voorgelegd waar-

bij het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, zoals geconcretiseerd in Richtlijn 2000/78/EG, aan de orde is, in het kader van zijn bevoegdheden de voor de justitiabelen uit het recht van de Unie voortvloeiende rechtsbescherming verzekeren en de volle werking daarvan waarborgen, waarbij hij indien nodig elke met dit beginsel strijdige nationale regeling buiten beschouwing moet laten.<sup>34</sup> Waar richtlijnen geen horizontale werking hebben, kan de Richtlijn omtrent leeftijdsdiscriminatie dit dus in de praktijk toch hebben, omdat deze slechts een algemeen beginsel van de Unie concretiseert. Deze overwegingen zijn interessant tegen de achtergrond van de in Nederland momenteel gevoerde discussie over de vraag of de Nederlandse verjaringstermijn van de vakantieregeling kan worden getoetst aan de EG-Arbeidstijdenrichtlijn. Naar aanleiding van het arrest *Schulz-Hoff* is deze discussie opgelaaide. Dit arrest maakte duidelijk dat een werknemer die door ziekte zijn vakantie niet kan opnemen, dit recht achteraf toch nog moet kunnen genieten.<sup>35</sup> De Nederlandse wet bepaalt echter dat vakantierechten boven zes maanden tijdens ziekte kunnen verjaren. De Utrechtse kantonrechter vond een creatieve manier via het goed werkgeverschap om de wettelijke bepaling buiten toepassing te laten, terwijl het Amsterdamse hof richtlijnconforme uitleg niet mogelijk achtte nu de Nederlandse wet evident strijdig is met de richtlijn.<sup>36</sup> De oplossing kan nu wellicht worden gezocht via het Europese grondrechtenhandvest. Art. 31 van dit handvest erkent het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Nu het handvest sinds het Verdrag van Lissabon rechtskracht heeft op gelijke voet met de verdragen (art. 6 VEU), kan dit recht worden beschouwd als een grondrecht van de Unie en de Arbeidstijdenrichtlijn op dit punt als slechts een concretisering. Op deze grondslag kan worden betoogd dat de wettelijke bepaling van art. 7:635 lid 4 BW buiten toepassing dient te worden gelaten, geheel los van het vraagstuk van de horizontale werking van richtlijnen.

## Ontslagvergoeding bankiers<sup>37</sup>

De overnameperikelen rond ABN AMRO hebben ook geleid tot een wisseling van de wacht in de top van deze bank, die meebracht dat een aantal van de senior-managers van de bank moest vertrekken. De bank betwistte de verplichting om bepaalde bonussen te betalen, als ook dat het voorheen geldende regime voor afvloeiingsregelingen op deze groep diende te worden toegepast. De zaken werden op vrijwillige basis door beide partijen in één geval voorgelegd aan de kantonrechter te Amsterdam, in een tiental andere aan de kantonrechter

### Noten

26. HvJ EG 10 september 2009, nr.

C-44/08, JAR 2009/252 (*Fujitsu*

*Siemens*).

27. HvJ EU 10 december 2009, nr.

C-323/08, JAR 2010/37 (*Rodríguez*

*Mayor e.a.*).

28. Antwoorden op kamervragen van

de leden Vermeij en Bosma, 15 februari

2010.

29. HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-63/08

JAR 2009/309 (*Pontin/Comalux*).

30. HvJ EG 22 oktober 2009, nr.

C-116/08, JAR 2009/289 (*Christel*

*Meerts/Praost NV*).

31. HvJ EU 19 januari 2010, nr.

C-555/07, JAR 2010/53 (*Küküdeveci/*

*Swedex*).

32. HvJ EU 12 januari 2010, nr.

C-341/08, JAR 2010/52 (*Petersen*).

33. HvJ EU 12 januari 2010, nr.

C-229/08, JAR 2010/51 (*Wolff/Frankfurt*

*am Main*).

34. HvJ EU 19 januari 2010, nr.

C-555/07, JAR 2010/53 (*Küküdeveci/*

*Swedex*).

35. HvJ EG 20 januari 2009, nr. C-350/06

en C-520/06 (*Schultz-Hoff e.a.*). In de

verslagperiode bevestigd in HvJ EG 10

september 2009, nr. C-277/08, JAR

2009/253 (*Pereda/Madrid Movilidad*).

Zie ook de kroniek sociaal recht in *NJB*

2009, 689, afl. 14, p. 878.

36. Ktr. Utrecht 14 oktober 2009, JAR

2009/280; Hof Amsterdam 10 november

2009, JAR 2010/13.

37. Aangezien Van Slooten als advocaat

is opgetreden in deze zaken is deze pas-

sage uitsluitend van de hand van Heerma

van Voss.



in Utrecht die in dit bijzondere geval als een college van drie leden rechtsprak. De beide oordelen zijn verschillend wat betreft de uitkomst, maar vertonen grote overeenkomst met betrekking tot de inhoud. Interessant aan deze zaak was – aannemende dat er een verplichting bestond tot een dergelijke afvloeiingsregeling – de vraag op welke grondslag de bank zich zou kunnen onttrekken aan de betaling hiervan. Alle registers van het leerstuk over de wijziging van arbeidscontracten konden naar hartelust worden opengetrokken. De toepassing van de *Taxi Hofman*-leer was echter problematisch, aangezien de bank geen voorstel had gedaan om de regeling te wijzigen, hetgeen in het zicht van de beëindiging van de overeenkomst ook vreemd zou zijn geweest. Zeker sinds de verfijsing van *Taxi Hofman* in het arrest *Stoof/Mam-*

## Alle registers van het leerstuk over de wijziging van arbeidscontracten konden naar hartelust worden opengetrokken

moet<sup>38</sup> veronderstelt dit leerstuk een onderhandelingsproces tussen partijen en geen eenzijdige beslissingen van de werkgever. Het leerstuk van de wijziging van het contract op grond van een wijzigingsbeding in de zin van art. 7:613 BW werd ook ingeroepen. De kantonrechters deden zich van dit probleem echter wat gemakkelijk af met de mededeling dat een afvloeiingsregeling geen arbeidsvoorwaarde zou zijn. Een aanvechtbare stelling, aangezien over afvloeiingsregelingen nu juist door hogere managers bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst pleegt te worden onderhandeld als onderdeel van het arbeidsvoorwaardenpakket. Bovendien dient te worden bedacht dat art. 7:613 BW een beperking inhoudt van de contractsvrijheid, en dat indien dat artikel niet van toepassing is, een wijzigingsbeding is toegestaan en zelfs minder beperkingen kent. Daarnaast was volgens de kantonrechter het beding niet in de arbeidsovereenkomst opgenomen, maar alleen in de 'Compensation & Benefits Regulations'. Ook dit argument lijkt niet sterk. Immers, indien de C&B Regulations onderdeel vormen van het arbeidscontract, maakt ook het wijzigingsbeding daar deel van uit. Daarvoor is niet bepalend of zij in een apart document zijn vastgelegd. De arbeidsovereenkomst vormt het geheel van afspraken die op verschillende plaatsen kunnen zijn vastgelegd. Wel geldt dat de werking van zo een wijzigingsbeding dan beperkt is tot de

regeling waarin het is opgenomen. En overigens ligt het niet voor de hand een wijzigingsbeding snel toe te passen om beloningsafspraken te wijzigen.

Uiteindelijk kwam de zaak neer op de vraag of de wijziging in de omstandigheden van ABN AMRO (kredietcrisis, overname door de Staat, een gekantelde publieke opinie etc.) ertoe leidden dat handhaving van de bestaande afspraken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Hoe subjectief dat criterium kan zijn, blijkt wel uit het feit dat de Amsterdamse kantonrechter vond dat dit het geval was, terwijl de Utrechtse collega's vonden dat de gemaakte afspraak moest worden nagekomen.<sup>39</sup> Voor dit laatste standpunt pleit dat de bank zich niet in een zodanige financiële noodsituatie bevond dat bijvoorbeeld cao's moesten worden aangepast (integendeel deze werden verlengd op de oude voet) en dat het nieuwe beleid ook met de nieuwe directie had kunnen worden ingezet. Mogelijk dat deze zaken in hoger beroep nog tot een nadere objectivering kunnen leiden van de criteria die bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW in het arbeidsrecht aangehouden dienen te worden.

### AOW-leeftijd en stakingsrecht

Regeringsvoorstellen voor een verhoging van de leeftijd waarop de AOW-uitkering ingaat, hielden de gemoederen in Nederland flink bezig. Nadat de sociale partners er niet in waren geslaagd om voor 1 oktober 2009 consensus te bereiken over een alternatief plan, besloot de regering het eigen voornemen daartoe door te zetten. Dit hield in dat de leeftijdsgrens in twee stappen zal worden verhoogd tot 67 jaar, waarvoor ruim de tijd wordt genomen. Daarnaast zou er wetgeving komen voor de bescherming van werknemers in zware beroepen en zouden bepaalde werknemers die zware beroepen hebben uitgeoefend eerder met pensioen kunnen. De sociale partners kregen de kans om te adviseren over de laatste categorieën, maar lijken hier niet uit te komen.

Door de val van het kabinet-Balkenende IV in februari 2010 zijn de desbetreffende voorstellen van wet als controversieel in de ijskast gezet en zullen de uitslag van de voor 9 juni 2010 uitgeschreven verkiezingen voor de Tweede Kamer en de daaropvolgende kabinetsformatie moeten uitwijzen of de plannen in deze vorm zullen worden doorgevoerd.

Het verzet van de vakbonden tegen deze plannen leidde wel tot nieuwe jurisprudentie over het recht op collectieve actie. Dit recht is in Nederland gebaseerd op art. 6 van het Europees Sociaal Handvest en de in art. 6 van dat verdrag voorziene uitzonderingen. Opvallend was dat de Amsterdamse voorzieningenrechter een collectieve actie tegen de verhoging van de AOW-leeftijd verbood, terwijl de Utrechtse collega deze toeliet.<sup>40</sup>

De Utrechtse rechter kent de jurisprudentie beter.

**Opvallend was dat de Amsterdamse voorzieningenrechter een collectieve actie tegen de verhoging van de AOW-leeftijd verbood, terwijl de Utrechtse collega deze toeliet**

Hij beroept zich terecht op het feit dat blijkens het *NS*-arrest van de Hoge Raad stakingen gericht tegen overheidsbeleid nog binnen de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH vallen, indien dergelijke acties zich richten tegen overheidsbeleid op het stuk van de arbeidsvoorwaarden die het onderwerp plegen of behoren te zijn van collectieve onderhandelingen.<sup>41</sup> In het arrest over de *Rotterdamse havenstakingen* heeft de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand gelaten, dat degenen die actie voeren tegen overheidsmaatregelen zich op art. 6 lid 4 ESH kunnen beroepen 'indien genoegzaam aannemelijk is dat bij nieuwe onderhandelingen over de arbeidsvoorwaarden een achterstand aan werknemerszijde zal ontstaan

die moeilijk in te halen is'.<sup>42</sup> Deze situatie doet zich in onderhavig geval voor. Het kabinetsbesluit om de AOW-leeftijd te verhogen, is op zichzelf geen onderwerp van collectieve onderhandelingen, maar zal op veel vlakken directe gevolgen hebben voor arbeidsvoorwaardenonderhandelingen. Aldus dreigen de resultaten van collectieve onderhandelingen uit het verleden ongedaan gemaakt te worden en dreigt aan de zijde van de werknemers een achterstand bij nieuwe onderhandelingen te ontstaan die moeilijk in te lopen is. Gelet hierop valt de bij de werkgever aangekondigde actie binnen het bereik van art. 6 lid 4 ESH, aldus de Utrechtse rechter. •

#### Noten

38. HR 11 juni 2008, *JAR* 2008/204.

39. Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, *JAR* 2009/261 (*De Jong/ABN AMRO & RBS*); Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, *JAR* 2009/264. Zie ook de eerdere uitspraak Ktr. Amsterdam 29 december 2008, *JAR*

2009/26 (*ABN AMRO/Schmittmann*).

40. Rb. Amsterdam (vzr.) 6 oktober 2009, *JAR* 2009/267; Rb. Utrecht (vzr.) 19 januari 2010, *JAR* 2010/46.

41. HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS).

42. HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 152 (*Rotterdamse haven*).